

EL FINALISMO COMO MÉTODO SINTÉTICO REAL-NORMATIVO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

Luis Gracia Martín

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

GRACIA MARTÍN, Luis. El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2004, núm. 06-07, p. 07:1-07:22. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 06-07 (2004), 9 dic]

RESUMEN: En el presente trabajo, el autor describe el alcance de la exigencia de vinculación del Derecho a las estructuras lógico-objetivas de la materia de la regulación de acuerdo con el postulado fundamental del método finalista. Se argumenta que, frente a lo que habitualmente se afirma por los detractores del finalismo, son precisamente la función y los fines del Derecho penal los que imponen aquella vinculación como necesaria desde el momento en que el respeto de las estructuras lógico-objetivas constituye nada menos que la condición de la posibilidad de realización de la función y de los fines del Derecho penal. Todo esto se razona por medio de un examen de las contradicciones insalvables en que incurre la moderna doctrina de la imputación objetiva, la cual, en su

concepción dominante –siempre a juicio del autor–, es incompatible con el concepto personal de lo injusto. Finalmente, el autor sostiene que el criterio valorativo de la adecuación social constituye para el finalismo una componente axiológica con el mismo rango que la componente ontológica, que ello demuestra que aquél no es un método estrictamente ontológico, sino uno más bien ontológico-normativo, y que entre la adecuación social del finalismo y la teoría de la imputación objetiva no existe ningún punto de contacto, sino más bien un profundo abismo.

PALABRAS CLAVES: Estructuras lógico-objetivas, función y fines del Derecho penal, mundo físico-natural, mundo social, persona, tipo objetivo, tipo subjetivo, imputación objetiva, tipo finalista, sistema de bienes jurídicos, adecuación social.

Fecha de recepción: 6 noviembre 2004

Fecha de publicación: 9 diciembre 2004

I

Como es bien sabido, el finalismo representó un giro sistemático en casi todas las cuestiones fundamentales para la Dogmática penal. Aunque las premisas metodológicas del finalismo han sido objeto de un generalizado rechazo y aunque la fuerza deductiva de las mismas ha sido también cuestionada incluso en las filas del propio finalismo, las consecuencias sistemáticas de dicho método parecen haberse impuesto ampliamente. No obstante, el finalismo ha de ser visto como una doctrina cuyo alcance

trasciende el plano sistemático. El finalismo, en mi opinión¹, debe ser comprendido como algo mucho más extenso y profundo que un simple método circunscrito a la teoría del Derecho penal, y más concretamente como una filosofía general sobre el hombre, la sociedad y el Estado, esto es, como una filosofía ética, social, política y jurídica, y además, también como una filosofía del conocimiento². Por ello considero que las cuestiones por las que se quiere reconocer al finalismo, como por ejemplo la adscripción del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos o la teoría pura de la culpabilidad, no son más que derivados de un conocimiento más general y profundo. Por esta razón, creo también que la obra fundamental de la filosofía del finalismo es el “*Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*” de *Hans Welzel*, de cuya 4ª edición alemana existe una excelente traducción al castellano, debida a *Felipe González Vicén*, de 1962³. En esta obra, *Welzel* abre sin duda caminos seguros hacia el encuentro del Derecho y de la democracia⁴. Mi adhesión a su doctrina y a su filosofía como a un dogma —evidentemente no de fe, sino epistemológico— puede considerarse ya definitiva, y por cierto en el modo más ortodoxo imaginable, es decir, de acuerdo con el modelo welzeliano puro⁵.

En esta exposición voy a tratar de mostrar al finalismo como lo que realmente es en el campo de la teoría jurídico-penal, en contraste y polémica con algunas opiniones discrepantes de aquél que se empeñan en caracterizarlo como algo que no es, sin duda a consecuencia de burdos equívocos, aunque en algún caso quizá también de una tergiversación consciente o temeraria de los enfoques finalistas⁶. Se impone así como

¹ Cfr. *Gracia Martín*, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 218 s.; véase también, *Moreno Hernández*, Ontologismo o normativismo como base de la Dogmática penal y de la Política criminal, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 607 s. Sobre la pluralidad de dimensiones del pensamiento de Welzel, véase en detalle *Oliver Sticht*, *Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzel (1904-1977)*, Ferdinand Schöningh, Paderborn/München/Wien/Zürich, 2000, *passim*, y ahora también, de modo más resumido, *Hirsch*, *ZStW* 116 (2004), pp. 1 ss., 10 ss.

² En particular sobre la teoría del conocimiento de Welzel, véase *Oliver Sticht*, *Sachlogik als Naturrecht?* (n. 1), pp. 54 ss.

³ *Hans Welzel*, Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material, traducción de Felipe González Vicén, 2ª ed., Ed. Aguilar, Madrid, 1971. La 1ª ed. española de la obra se publicó en 1957 con el mismo título que el original alemán: “Derecho natural y justicia material (Preliminares para una Filosofía del Derecho).”

⁴ Sobre todo, véase *Welzel*, Introducción (n. 3), pp. 251 ss. y 264 ss.

⁵ Sobre todo, véase mi *Prólogo* a libro de mi discípula *Mª Angeles Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, especialmente pp. 28 ss. Por ello es acertada y precisa la adscripción que hace mi maestro *Cerezo* de mis posiciones, así como también las de mi discípula *Mª Angeles Rueda Martín*, a la corriente “welzeliana ortodoxa”; véase *Cerezo Mir*, *Prólogo* a *Fundamentos de la Dogmática penal y de la Política criminal (Ontologismo y Normativismo)*, Cepolcrim, Editorial Jus Poenale, México DF., 2002, p. XV.

⁶ No creo que deba dejar pasar esta ocasión para llamar la atención sobre la infundada, y por ello sorprendente afirmación que ha hecho en España *Laura Zúñiga*, en el sentido de que el pensamiento de *Welzel* sería uno iusnaturalista y que, además, el mismo distinguiría entre un Derecho natural ideal y otro existencial; véase *Laura Zúñiga*, *Política criminal*, Ed. Colex, 2001, p. 97: “Su pensamiento (se refiere al de Welzel) no se aparta del ius naturalismo existente en el Kantismo, sino que concibe dos derechos naturales, uno ideal, eternamente válido, cognoscible por la razón y otro existencial, condicionado por la experiencia vital de la existencia” (¡). Contra esta afirmación, y sobre la posición, clara y precisamente contraria al Derecho natural de *Welzel*, véase sólo lo que dice el propio *Welzel*, Introducción (n. 3), p. 11, y, sobre todo, pp. 253 ss. Precisamente con respecto a esta última obra destaca recientemente *Hirsch* que la resonancia que tuvo ese libro se debió a que con él “*Welzel* hizo frente como

primera tarea la de describir los fundamentos reales del método como uno de carácter *sintético*, esto es, óntico-axiológico, o real-normativo, en virtud de su aspiración a lograr —como a mi juicio logra— una plausible fusión de realidad y valor⁷. A tal fin y por expresarlo ahora de un modo simplificado, el método del finalismo consiste básicamente en que a partir de la contemplación de la función y de los fines del Derecho penal, procede a identificar los fenómenos reales que interesan al Derecho penal, para analizarlos en sus estructuras y sintetizar después los resultados del análisis, y todo ello con el fin de conocer el fenómeno en su unidad y en su realidad para poder fundirlo con los valores jurídicos correspondientes. Así descrito, este procedimiento no tiene nada de nuevo. Así operaba *Descartes*, así procedió *Galileo* con respecto al fenómeno de la caída de los cuerpos, y así procedieron también *Hobbes* y *Pufendorf* para estudiar y comprender la constitución de los Estados⁸. En un realismo sintético se encuadra también la Física de *Einstein*, sin duda muy superior al realismo analítico de *Newton* y de *Maxwell*. *Servata distantia*, a las Dogmáticas discrepantes del finalismo habría que asimilarlas en cuanto al método con un normativismo analítico, y al finalismo con un realismo normativo sintético. De ahí la gran superioridad del finalismo frente al resto de las Dogmáticas, considerablemente más retrasadas e incapaces de progresar en el conocimiento de la materia del Derecho y de su valoración correcta. Puesto que, como dice con razón *Aldous Huxley*, la brevedad es incompatible con la verdad en casi todas las cuestiones importantes⁹ —y este es el rango de la que aquí voy a tratar—, limitaré aquí mi discurso a mostrar cómo opera el método del finalismo con una aplicación concreta del mismo a la teoría lo injusto en contraste y polémica con la teoría actualmente tan dominante como errónea de la imputación objetiva.

II

A una teoría y a un método como los desarrollados por el finalismo, sólo se llega, a mi juicio, si a la respuesta que se obtenga de la pregunta sobre la función y los fines del Derecho penal, sigue una nueva pregunta acerca de las condiciones de la posibilidad de realización de aquella función y de aquellos fines, si esta nueva pregunta va seguida

crítico riguroso al renacimiento del Derecho natural que, en Alemania occidental, era de advertir en la jurisprudencia del Bundesgerichtshof después de la Segunda Guerra Mundial”, y que fue precisamente dicho libro lo que “contribuyó a que el renacimiento del Derecho natural fuera un breve episodio”; véase *Hirsch*, ZStW 116(2004), p. 11. Por lo demás, véase también *Georg Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pp. 41 s.: “el Derecho natural representa un orden del deber ser, (mientras que) la naturaleza de las cosas constituye un orden del ser”; y también *Cerezo Mir*, RDPC, n° 12 (2003), p. 47: “*Welzel* llevó a cabo entonces una crítica rigurosa de las concepciones iusnaturalistas”.

⁷ Véase *Welzel*, Naturrecht und Rechtspositivismus, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975, p. 286 (“en el Derecho lo fáctico está vinculado con lo normativo de un modo esencial”); véase además, mi *Prólogo* (n. 5), pp. 22 s., 24 ss., 32 s.; véase también, *Georg Küpper*, Die Grenzen (n. 6), pp. 31 s., 40 s.; *Oliver Sticht*, Sachlogik als Naturrecht? (n. 1), pp. 90 ss. En su aproximación al método sintético del finalismo, cada vez más cercana, también *Schünemann* habla de una indispensable síntesis entre los datos ónticos y los contenidos normativos; véase *Schünemann*, La relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmática jurídico-penal, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, pp. 654 ss., 660 ss.

⁸ Véase *Welzel*, Introducción (n. 3), pp. 114 s.

⁹ Y que tomo de *Rafael Gamba*, Historia sencilla de la Filosofía, 24ª ed., Ed. Rialp, Madrid, 1999, pp. 12 s.

después de una indagación que conduzca al conocimiento de dichas condiciones de posibilidad, y si, finalmente, se quiere configurar al Derecho penal como un sistema conforme con aquellas condiciones de posibilidad de realización de su función y de sus fines. Así procedió *Welzel*, y así fue como éste descubrió que el respeto de determinadas estructuras fenoménicas de la materia del Derecho por el legislador y, con ello, la congruencia de la regulación jurídica con dichas estructuras lógico-objetivas, constituyen precisamente aquellas condiciones de la posibilidad de realización de la función y de los fines del Derecho en general y del Derecho penal en particular¹⁰. Todo esto requiere, sin duda, de una explicación.

Al menos una vez que se ha constituido la sociedad, los seres humanos desarrollamos nuestra existencia y nuestra actividad en relación con dos mundos diferentes, aunque no necesariamente incompatibles. Se trata del mundo físico-natural y del mundo social o socio-político. Tanto uno como otro se caracterizan porque en mayor o menor medida ambos funcionan de un modo ordenado, es decir, conforme a regularidades del acontecer, conforme a una legalidad¹¹. Ahora bien, en esta dimensión meramente formal acaba la similitud. Las leyes del mundo físico-natural son de carácter necesario y el acontecer físico-natural se impone inexorablemente por la *causalidad*. Las leyes del mundo social, por el contrario, no tienen carácter necesario, pues se fijan mediante convenciones entre los hombres. Como aquí no rige la causalidad, las leyes del orden social requieren de algún otro mecanismo que reemplace a aquella para su imposición¹², y ese mecanismo no puede consistir nada más que o bien en actos de coacción de un poder superior o en el establecimiento de deberes u obligaciones para los destinatarios de las leyes¹³. Ahora bien, sobre todo desde *Pufendorf*, se encuentran perfectamente delimitados los campos en que una legalidad se impone como mera coacción del poder y en que se impone, por el contrario, en tanto que *Derecho*¹⁴. Sólo una legalidad que pretenda imponerse por su carácter obligatorio, o sea, por medio del deber, puede merecer el rango de Derecho. Sobre todo a partir de la autonomía kantiana, obligación y persona responsable son dos conceptos inseparables. Todo mandato que pretenda *obligar* a un hombre en tanto que norma *jurídica*, tiene que reconocerle como *persona*. Por ello, dice y subraya *Welzel*, “el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si

¹⁰ Véase una exposición sobre la doctrina de las estructuras lógico-objetivas, en *Oliver Sticht*, *Sachlogik als Naturrecht?* (n. 1), pp. 37 ss.

¹¹ Véase *Welzel*, Introducción (n. 3), p. 252; véase también, en sentido parecido, *Jakobs*, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio y Bernardo Feijoo, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pp. 25 ss.

¹² Véase *Jakobs*, *Sociedad, norma y persona* (n. 10), pp. 27 s.

¹³ Véase *Welzel*, Introducción (n. 3), pp. 251 s., 266; asimismo véase *Jakobs*, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, en *Jakobs/Cancio*, *Conferencias sobre temas penales*, Universidad Nacional del Litoral, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s.f., pp. 38 ss.

¹⁴ Véase *Welzel*, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1958, p. 55 n. 14; *el mismo*, *Gesetz und Gewissen*, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975, p. 299; *el mismo*, *Die Entstehung des modernen Rechtsbegriffs*, en *Der Staat* n° 8 (1969), p. 441; *el mismo*, Introducción (n. 3), pp. 135 ss., especialmente pp. 145 s.; véase también *Oliver Sticht*, *Sachlogik als Naturrecht?* (n. 1), pp. 106 s.

este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho”¹⁵. Es evidente que este reconocimiento del hombre como persona responsable no resuelve nada acerca de cuáles deban ser los contenidos materiales de las normas jurídicas¹⁶. Su virtualidad no reside en nada más, pero tampoco en nada menos que en que para que una norma pueda imponerse en tanto que *Derecho* y no en tanto que mero acto de poder, es preciso que mantenga incólumes las propiedades o los componentes esenciales que hacen salir al hombre del estado del *naturalis incultus*, por expresarlo con palabras de *Pufendorf*, y le hacen adquirir la condición de *persona responsable*. La dignidad de la persona es sin duda un valor, pero el sustrato de la persona pertenece a la esfera ontológica y tiene como componentes ónticos la capacidad de actuar de modo final, esto es de dirigir su actividad de modo consciente a una meta, y la capacidad de comprometerse y, por ello, de obligarse ético-socialmente, esto es, con conciencia de que le es posible cumplir las obligaciones que ha contraído. La estructura final de la acción humana y la capacidad de autodeterminación conforme al sentido y al valor son, por lo tanto, estructuras lógico-objetivas, o sea reales o fenoménicas de la condición de persona. El Derecho tiene que atenerse a ellas y respetarlas de modo necesario si es que quiere imponerse en tanto que Derecho y no como mera fuerza.

Ahora bien, según la concepción de *Welzel*, la vinculación del legislador a estas estructuras lógico-objetivas, y la función limitativa de las mismas, es sólo *relativa*¹⁷. El legislador se encuentra vinculado a ellas únicamente en la medida en que quiera establecer una regulación de determinada clase, por ejemplo una regulación de conductas humanas en vez de otra de relaciones de adjudicación o de distribución de cosas, y por otro lado, esa vinculación es sólo de carácter lógico en el sentido de que la regulación debe ser adecuada objetivamente (*sachgemäß*), es decir, conforme con la materia de la regulación¹⁸. Un desconocimiento de la estructura lógico-objetiva de la materia de la regulación por el legislador, no tiene como consecuencia la invalidez de su regulación, pero sí da lugar a que ésta sea objetivamente errónea, totalmente contradictoria e incompleta, y por todo esto, incapaz de alcanzar su fin¹⁹. Así, por ejemplo y con razón, lo reconoce *Zaffaroni* cuando advierte que “el respeto a las estructuras reales del mundo es una condición de cualquier derecho que pretenda tener alguna eficacia sobre éste”²⁰. Puesto que el Derecho penal es un ordenamiento que regula la conducta humana, la estructura finalista de la acción, la estructura fenoménica de la culpabilidad como capacidad individual de autodeterminación conforme al Derecho, y también la relación de la participación con la finalidad del autor, son las estructuras lógico-

¹⁵ Véase *Welzel*, Introducción (n. 3), p. 252.

¹⁶ Véase *Welzel*, Introducción (n. 3), pp. 253 s.: “todos estos elementos —el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del obrar ético-social y la concordancia de los órdenes ético-sociales— ... representan el presupuesto de posibilidad de todo orden ético social y son, por ello, independientes de los contenidos de estos órdenes”.

¹⁷ Véase *Welzel*, *Naturrecht und Rechtspositivismus* (n. 7), p. 286.

¹⁸ Véase *Welzel*, *Naturrecht und Rechtspositivismus* (n. 7), pp. 283 s.

¹⁹ Véase *Welzel*, *Naturrecht und Rechtspositivismus* (n. 7), pp. 284, y 286.

²⁰ Véase *Zaffaroni* PG 2ª ed., p. 95.

objetivas a las que tienen que atenerse necesariamente el legislador penal, el aplicador del Derecho y la Dogmática jurídico penal²¹.

III

Este punto de partida metodológico ha sido ampliamente rechazado o cuestionado²². En la exigencia de vinculación de la regulación jurídico penal a las estructuras lógico-objetivas de su materia se ha querido ver un método que extraería a los conceptos jurídicos de la esfera ontológica, en la cual estarían ya prefigurados. Los conceptos jurídicos, sin embargo, son de deber ser y, por ello, están referidos a valores. Por ello, según *Roxin*, y de un modo aún más pronunciado según *Jakobs*, la esfera ontológica no puede proporcionar la materia ni los conceptos jurídicos, pues si las regulaciones jurídicas tienen objetos y contenidos esencialmente normativos, entonces sólo es correcto determinar el objeto del Derecho penal en función de las valoraciones y de los fines de éste. En este sentido, el legislador y el Derecho penal serían completamente libres para crear sus conceptos, y tiene que ser precisamente en esta libertad donde sean contruidos de un modo racional teleológicamente²³, esto es, normativamente²⁴. Como ha señalado *Georg Küpper*, esta crítica, en particular la de *Roxin*, parece partir de la base de que lo característico del método del finalismo sería que pretendería aproximarse al conocimiento de la materia jurídico penal de un modo completamente avalorativo o libre de valor²⁵. Esto, sin embargo, no es cierto en absoluto²⁶. Este método no postula ninguna separación absoluta entre realidad y valor, sino que más bien indaga acerca de cuáles son las relaciones posibles y, por ello, correctas que pueden establecerse entre ambas esferas²⁷, y sintetiza luego esas relaciones mediante el puente de las estructuras lógico-objetivas²⁸. Como ha dicho con acierto *Rueda Martín*, “el finalismo en modo alguno se limita a señalar el carácter ontológico de la acción humana, sino que lo que

²¹ Véase *Welzel*, *Naturrecht und Rechtspositivismus* (n. 7), pp. 285 s.; *el mismo*, *Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975, pp. 347 ss., 354 ss.; *el mismo*, *Introducción* (n. 3), pp. 256 s.; *el mismo*, *El nuevo sistema del Derecho penal*, trad. y notas de J. Cerezo Mir, Ed. Ariel, Barcelona, 1964, pp. 14 s.; *Armin Kaufmann*, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1956, pp. 16 ss.

²² Véase *Hirsch*, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, en sus *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, pp. 64 ss. (= en su *Derecho penal. Obras completas*, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, sf., pp. 18 ss.).

²³ Véase *Roxin*, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, en su recopilación *Strafrechtliche Grundfragen*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1973, p. 84 [= *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de D. M. Luzón Peña, Ed. Reus, Madrid, 1976, pp. 94 s.]; *el mismo*, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, en la misma recopilación anterior, pp. 141 ss. [= *Problemas básicos*, pp. 144 ss.]; *el mismo*, *ATI*, 3ª ed., 1997, pp. 154 s. nm. 24 y 167 ss.

²⁴ Véase *Jakobs* *AT* 1ª ed., 1983, pp. V-VI; *el mismo*, *Sociedad, norma y persona* (n. 10), *passim*; y más recientemente en *La idea de la normativización en la Dogmática jurídico-penal*, en Moisés Moreno Hernández (coordinador), *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, Cepolcrim, D.R. Editorial Ius Poenale, México D.F., 2003, pp. 69 ss.

²⁵ Véase *Georg Küpper*, *Grenzen* (n. 6), pp. 29 s.

²⁶ Cfr. *supra*, la cita de *Welzel* en nota 7.

²⁷ Así *Georg Küpper*, *Grenzen* (n. 6), p. 30; véase la exposición al respecto de *Oliver Sticht*, *Sachlogik als Naturrecht?* (n. 1), pp. 90 ss.

²⁸ Véase *Armin Kaufmann*, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (n. 21), pp. 16 ss.

hace es *ordenar* la materia antes de efectuar las valoraciones a través del concepto ontológico de la acción (*imputativitas*) a la que añade, posteriormente criterios de significación social extraídos de la realidad social”²⁹. Por otro lado, y en conexión con esto, no es cierto en absoluto que el método del finalismo prescinda de las valoraciones y de los fines del Derecho penal para determinar su objeto. Antes al contrario, para el finalismo son precisamente la función y los fines del Derecho penal lo que está en el punto de partida y lo que constituye la referencia permanente para la determinación del objeto de aquél³⁰. Lo que sucede es que son precisamente la función y los fines del Derecho penal los que imponen ya la vinculación de la regulación a las estructuras lógico-objetivas de la materia, y esto es así por la simple razón de que el respeto de dichas estructuras constituye la condición de la posibilidad de que aquél pueda desempeñar su función y cumplir sus fines como en lo que sigue se tratará de demostrar.

En efecto, el Derecho penal trata de *influir* en los hombres para que se abstengan de realizar o para que realicen determinadas acciones y de ese modo evitar la producción de determinadas consecuencias lesivas, o bien producir determinadas consecuencias positivas³¹. Para lograr tal influencia, parte de prohibiciones y de mandatos de realizar tales acciones y conmina con penas que, en su caso, aplica efectivamente a quienes realicen u omitan semejantes acciones. Ahora bien, una influencia tal sólo puede pretenderse y ser imaginada bajo la condición de una orientación o dirección de las prohibiciones y de los mandatos exclusivamente a la capacidad del hombre de asignarse fines, de seleccionar los medios adecuados para su realización y de poner éstos en práctica efectivamente en dirección al fin asignado. Como señaló enfáticamente *Armin Kaufmann*, “ningún mariscal, ningún guarda de aparcamiento, ningún tirano, ningún Estado de Derecho pueden ejercer poder de otro modo que utilizando la capacidad específicamente humana de dirigir finalmente el acontecer causal”³². La dirección de las normas a la finalidad, esto es a la voluntad de realización, es, por ello, una condición de la posibilidad de que el Derecho penal pueda cumplir su tarea. Por ello, la estructura lógico-objetiva de la acción, representada por la finalidad, ha de ser reconocida como un dato óntico que predetermina ya de un modo lógico, no desde luego el contenido axiológico específico, pero sí la estructura y el posible objeto de toda prohibición y de todo mandato. Ahora bien, si ninguna norma reguladora de conductas humanas puede tener como objeto nada que no sean acciones finales, de aquí resulta que la voluntad de realización tiene que ser objeto, necesariamente ya de los juicios

²⁹ Véase *M^a Angeles Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, especialmente p. 416. Contra la caracterización del finalismo como un método exclusivamente ontológico, véase también *Gracia Martín*, Prólogo (n. 5), pp. 24 ss. y 29 ss., y *Moisés Moreno Hernández*, Ontologismo o normativismo (n. 1), pp. 600 s y 607 s.

³⁰ En este sentido, dice con razón *Hirsch* que “de hecho, el objeto del Derecho penal debe descubrirse con los ojos puestos en sus valoraciones y fines”; véase *Hirsch*, en sus Obras completas, t. I (n. 22), p. 19.

³¹ Véase *Armin Kaufmann*, Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1954, pp. 160 ss.; véase también *Hirsch*, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, en sus Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrhunderten, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, p. 352 [= en su Derecho penal. Obras completas, t. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, sf., p. 105].

³² Véase *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte (n. 21), pp. 19 ss.

desvalorativos de la antinormatividad, de lo injusto y de la antijuridicidad. Esto significa, a su vez, que la estructura lógico-objetiva de la acción impone de modo necesario un concepto personal de lo injusto y con ello tanto que el dolo tenga que ser un elemento del tipo de lo injusto de los delitos dolosos como que la contrariedad de la voluntad de realización al deber objetivo de cuidado tenga que ser asimismo una cuestión del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes³³.

IV

Esta última conclusión, sin embargo, no es aceptada por algunos finalistas como es el caso de mi maestro *Cerezo*. A partir de la tesis de *Stratenwerth*, que él asume, de que las estructuras lógico-objetivas sólo se destacan de la multitud de datos ónticos como esenciales desde el punto de vista valorativo de la concepción del hombre como persona³⁴, considera que si el Derecho parte de este punto de vista, entonces tiene que destacarse como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana, pues sólo una acción finalista puede ser considerada como conducta específicamente humana y, por ello, sólo aquélla podrá ser objeto de la valoración jurídica. Ahora bien, lo único que puede deducirse de aquel punto de vista valorativo, según *Cerezo*, es que el contenido de la voluntad de realización tiene que ser necesariamente objeto de la valoración jurídica, es decir que no puede dejar de ser valorado, pero no que deba serlo precisamente en el juicio de la antijuridicidad. En su opinión, el contenido de la voluntad de realización podría ser objeto de valoración únicamente en el juicio de reproche de la culpabilidad, y esto no supondría ningún desconocimiento de la estructura finalista de la acción humana ni implicaría contradicción alguna con la concepción del ser humano como persona. La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto, pues, no sería una consecuencia obligada del reconocimiento de la vinculación del Derecho penal a la estructura lógico-objetiva de la acción finalista, sino que ello dependerá de consideraciones sistemáticas, como la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto, la descripción de la acción en algunos tipos mediante verbos de significado inequívocamente finalista y, sobre todo, la punición de la tentativa en el Derecho positivo³⁵.

La tesis de *Cerezo*, sin embargo, no me parece convincente. Por el contrario, entiendo, por un lado, que el reconocimiento de la estructura finalista de la acción en la base del concepto del delito tiene que llevar por fuerza a la inclusión del dolo en el tipo, y por otro lado y a la inversa, que la inclusión del dolo en el tipo sólo es coherente y puede operar significativamente en el sistema si el tipo remite a una acción finalista.

³³ Véase *Welzel*, Das deutsches Strafrecht, 11^a ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1969, p. 37; *el mismo*, El nuevo sistema (n. 21), pp. 14 s. y 30; *el mismo*, Naturrecht und Rechtspostivismus (n. 7), p. 285; *el mismo*, Vom Bleibenden und Vergänglichem (n. 21), p. 349; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik (n. 21), pp. 16 ss.

³⁴ Véase *Stratenwerth*, Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1957, pp. 17 ss.; *Cerezo Mir*, La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, en sus Problemas fundamentales del Derecho penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, pp. 56 ss.; *el mismo*, en RDPC n.º 12 (2003), pp. 59 ss. Véase también, *Georg Küpper*, Grenzen (n. 6), pp. 30 ss.

³⁵ Véase *Cerezo Mir*, RDPC, n.º 12 (2003), pp. 50 y 58 ss.

En primer lugar me parece conveniente comenzar recordando la a mi juicio acertada observación de *Jescheck* en el sentido de que con la teoría del hecho punible se trata de comprender teóricamente la acción punible como un todo mediante la fijación de elementos generales³⁶. Estos elementos generales son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, y cada uno de ellos es un juicio de valor *parcial* y a los cuales se somete de un modo sucesivo a la acción o a la omisión previamente dadas a los mismos. Ahora bien, como ya señaló *Engisch* el enjuiciamiento de la acción delictiva en virtud de este proceso analítico, no impide la consideración del hecho delictivo como un todo unitario, la cual puede preceder y seguir a la subsunción de la conducta en el concepto del delito en función de los diversos elementos de éste³⁷. La contemplación del delito como un todo unitario remite a una realidad fenoménica que en ese plano real se muestra asimismo como un todo unitario que no puede ser dividido o escindido en sus elementos. Por el contrario, el Derecho penal sí puede seccionarla, como de hecho la secciona, por medio de los juicios parciales y sucesivos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Dado su carácter parcial, es evidente que cada uno de estos juicios sólo podrá tener como objeto propio algún fragmento de la realidad fenoménica, pero no su totalidad, pues ésta, como ya he dicho, constituye el substrato del delito como un todo unitario, y éste sólo llega a formarse como resultado del proceso de síntesis de aquellos juicios parciales. La tarea de la Dogmática o de la construcción del sistema consiste, por ello, como advierte con razón *Cerezo*, en “la *inserción correcta* de los elementos fácticos que integran el objeto de la valoración en los diversos caracteres del delito”³⁸. Es cierto que esta posibilidad de seccionar la realidad prejurídica mediante valoraciones jurídicas parciales y sucesivas, permite de hecho que dicha realidad aparezca escindida luego en los correspondientes conceptos jurídicos parciales. Pero como ha dicho *Hirsch*, “una divergencia en la construcción jurídica de conceptos con respecto a lo que se encuentra en la realidad” solamente podría justificarse por medio de fundamentos materiales, los cuales desde luego no existen en relación con el concepto de la acción porque “el ordenamiento jurídico remite a través de sus mandatos y prohibiciones precisamente al fenómeno prejurídico del actuar”³⁹.

Si se parte de un concepto prejurídico de acción, como exige el punto de partida de la concepción del hombre como persona, y como también reclaman tanto la función como los fines del Derecho penal, entonces no puede verse como conforme con estas exigencias ninguna escisión o sección de la acción en una parte objetiva o externa que fuera objeto del juicio parcial de lo injusto, y en una parte subjetiva o anímica que lo fuera de otro juicio parcial distinto como es el del reproche de la culpabilidad. Una regulación tal no respetaría la estructura lógico-objetiva de la acción y sería, por ello, completamente errónea, contradictoria e incapaz de cumplir su fin. Si la “acción” es en

³⁶ Véase *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª ed., p. 195 nº 2.

³⁷ Véase *Engisch*, *Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1953, pp. 128 ss. y 141 ss.; asimismo, *Cerezo* PG II, 6ª ed., p. 23.

³⁸ Véase *Cerezo*, *Notas a Welzel*, *El nuevo sistema del Derecho penal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964, nota 22, p. 83; *el mismo*, PG II, 6ª ed., p. 166.

³⁹ Véase *Hirsch*, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre* (n. 30), p. 352 [= en sus Obras completas, t. II, p. 105].

la esfera prejurídica un fenómeno *unitario* final-causal de sentido, y ello no obstante se segrega o abstrae de la misma el contenido de la voluntad de realización para configurar como objeto de la valoración de lo injusto únicamente a su parte externa, entonces habrá que preguntar sobre cuál es el objeto real de la tipicidad, y cuestionar que el Derecho penal pueda seguir hablando con propiedad de un concepto de “acción” típica. Lo típico, en tal caso, será cualquier cosa menos una *acción*. Como ha dicho *Hirsch*, resultaría particularmente erróneo que la pura causación de un resultado (que sólo deja fuera de consideración los movimientos reflejos) se quisiera transformar en una acción “en sentido jurídico”, pues “los *mandatos* jurídicos quieren influir en los procesos dominados por los hombres; son órdenes de conducta (y) por esa razón deben orientarse a las formas de aparición *reales* de la conducta humana y tener en cuenta su estructura general”⁴⁰. Por lo demás, y como ha resaltado *Zaffaroni*, el sentido de la voluntad es inescindible de la misma y, por ello, la abstracción de la voluntad de realización sólo puede dar lugar a un concepto de acción completamente inventado⁴¹.

Por otro lado, desde *Pufendorf* conocemos las diferencias existentes en el acontecer según se trate del mundo físico natural o del espiritual o cultural, es decir, el mundo del sentido. *Pufendorf* aclaró y explicó tales diferencias mediante el juego de los denominados por él mismo como *entia physica* y *entia moralis*⁴². Todos los elementos del mundo físico natural, al cual también pertenecen los elementos físicos y psíquicos de la acción, son —abstracción hecha de los *entia moralia*— completamente indiferentes axiológicamente, no son ni buenos ni malos⁴³, es decir, no tienen ningún sentido cultural, social, ético o jurídico. De este modo, es posible que los elementos físicos de varias acciones extremadamente distintas desde el punto de vista ético o ético-social, sean en sí iguales; como por ejemplo, el acto de matar del asesino, del verdugo, del soldado o de alguien que obra en legítima defensa⁴⁴. El sentido y la determinación o diferencia valorativa de todas estas acciones se percibe únicamente a través de los *entia moralia*, justamente porque éstos, dice *Welzel*, son los modos de ser morales (y también jurídicos); es decir, dotados de *sentido* de una acción⁴⁵. Ahora bien, sólo el conocimiento y la voluntad libre dotan a una acción de un sentido específico y de diferencia axiológica⁴⁶. El Derecho penal no sanciona meros procesos causales del mundo físico natural, sino hechos dotados de sentido y con diferencia axiológica (injustos específicos). No castiga meras “causaciones”, por ejemplo, de la muerte de un hombre, de la pérdida de un bien patrimonial o de la disminución del patrimonio, sino hechos con un determinado sentido y contenido axiológico, como el “homicidio”, el

⁴⁰ Véase *Hirsch*, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre* (n. 30), p. 352 [= en sus Obras completas, t. II, p. 105].

⁴¹ Véase *Zaffaroni* PG, 2ª ed., pp. 414-415.

⁴² Véase sobre ello *Welzel*, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs* (n. 14), pp. 19 ss. e Introducción (n. 1), pp. 135 ss.; *Mª Angeles Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 68 ss.

⁴³ Véase *Pufendorf*, *De jure naturae et gentium*, reimpresión no modificada de la Ed. de G. Mascovius, de Frankfurt und Leipzig (1759), en Minerva G.M.B.H., Frankfurt a. M., 1967, t. I, Lib. I, cap. II, N. 6 [pp. 28 s]; véase *Welzel*, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs* (n. 14), p. 26 y n. 21, e Introducción (n. 3), pp. 136 s.

⁴⁴ Véase *Welzel*, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs* (n. 14), p. 27, e Introducción (n. 3), p. 137.

⁴⁵ Véase *Welzel*, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs* (n. 14), p. 27, e Introducción (n. 3), p. 137.

⁴⁶ Véase sobre todo esto *Welzel*, Introducción (n. 3), pp. 136 s.

“robo” o la “estafa”. Ahora bien, el sentido y la diferencia axiológica de estos hechos relevantes para el Derecho penal no pueden determinarse sin un examen de la voluntad de realización del autor, pues en su sustrato físico-natural pertenecen sólo a la esfera de los —axiológicamente completamente indiferentes— *entia physica*. Ni siquiera en el lenguaje coloquial se denomina “homicidio” a la mera causación de la muerte de un hombre. “Homicidio” es sólo la muerte de un hombre realizada por otro hombre de un modo consciente y voluntario o a consecuencia de la puesta en práctica de una voluntad de realización que contradice el cuidado objetivamente debido.

En síntesis, la función del Derecho penal consiste, a mi juicio, en la protección de bienes jurídicos por medio del aseguramiento de los valores ético-sociales de conciencia, de la formación del juicio ético-social de los ciudadanos y del fortalecimiento de su conciencia de permanente fidelidad (legal) al Derecho⁴⁷. De aquí tiene que resultar que una precisa y completa definición de los hechos que tengan el “sentido” de contradicción de aquéllos valores, en tipos específicos y diferenciados de lo injusto, tiene que ser ya una condición de la posibilidad de cumplimiento de aquélla función. Ahora bien, de nuevo hay que recordar que la determinación del sentido específico y diferenciado de todo hecho penalmente relevante no es posible sin el examen de la voluntad de realización del autor. De aquí, empero, sólo puede deducirse que la voluntad de realización tiene que ser por fuerza objeto de valoración ya en la tipicidad. Si se remitiera el enjuiciamiento de la misma a la culpabilidad, entonces no sería posible identificar de ningún modo cuál es el hecho real, es decir, el específico injusto que puede ser objeto de reproche al autor, ni el valor ético-social específico cuya vigencia debe ser confirmada por el Derecho penal y con respecto al cual es preciso fortalecer la conciencia de fidelidad jurídica o plantear cuestiones de necesidad de pena. Como ilustra *Welzel*, si alguien es herido por el arma de fuego que tiene otro en la mano, es cierto que las lesiones podrán ser reconducidas causalmente a la conducta del disparo, pero esto nada dice sobre el sentido del hecho, y así no puede determinarse cuál ha sido la *acción*, ni por ello el tipo de lo injusto realizado por el autor: tentativa de asesinato o de homicidio, lesiones dolosas consumadas, disparo en lugar habitado, lesiones imprudentes o puro accidente desgraciado⁴⁸. Esto sólo puede determinarse mediante el examen de la voluntad de realización configuradora de la acción. Ahora bien, si esto es así, entonces ¿cómo se puede explicar y entender que el examen del elemento que determina y permite identificar precisamente al tipo de lo injusto realizado, quede postergado a un momento posterior al de la tipicidad? Estamos aquí, sin duda, ante una contradicción resultante del desconocimiento de la estructura lógico-objetiva de la acción en la valoración jurídica. Pues como ha dicho *Zaffaroni* “debe señalarse que el componente final forma parte de cualquier acción humana, y que las acciones que tipifican las estructuras dolosas o culposas, activas u omisivas, son siempre finales”, eso es algo

⁴⁷ Véase, en este sentido, *Welzel*, Das detusche Strafrecht, 11ª ed., pp. 4 ss.; *Gracia Martín*, Prolegómenos (n. 1), pp. 191 ss.; *Alicia Gil Gil*, Prevención general positiva y función ético social del Derecho penal, en Díez/Romeo/Gracia/Higuera, La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 10, 14 ss., 21 ss., y 29 ss.

⁴⁸ Véase *Welzel*, El nuevo sistema (n. 21), p. 41

que viene impuesto “incluso por razones sistemáticas, o sea, porque sin el dato de la finalidad concreta no puede llevarse a cabo la comprobación de ninguna tipicidad”⁴⁹.

V

La demostración de que la estructura finalista de la acción humana impone la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto, proporciona ahora la ocasión de someter a contraste la Dogmática finalista del tipo de lo injusto con las Dogmáticas actuales que aun rechazando el método y el concepto finalista de acción, distinguen también entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo e incluyen por tanto al dolo en el tipo. Esta comparación crítica me parece necesaria, en primer lugar, para someter a revisión la extendida creencia que existe incluso entre los finalistas de que el rechazo generalizado de los fundamentos metodológicos del finalismo, no habría impedido, al menos en Alemania, que se hubieran impuesto la mayor parte de los resultados sistemáticos obtenidos por aquél, y ello tanto en la teoría científica como en la legislación penal positiva y en la jurisprudencia⁵⁰. Si se parte de la estructura finalista de la acción humana, la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto es una consecuencia necesaria. Pero —así reza la pregunta que ahora hay que plantear— ¿es realmente posible construir un tipo de estructura finalista a partir de un concepto de acción no finalista? Ya anticipo la respuesta: ello no es posible, y si se incluye el dolo en el tipo sin partir de un concepto finalista de acción, el sistema, y, más concretamente, el tipo de lo injusto resultante, no puede dejar de presentar contradicciones internas.

Hay que partir de la observación de que en las Dogmáticas que rechazan el concepto final de acción, e incluyen no obstante el dolo en el tipo, las relaciones entre el tipo objetivo y el subjetivo difieren sustancialmente de las existentes en la construcción finalista⁵¹. Esta parte de la acción como una *unidad* final-causal de sentido, y por ello el tipo que construye representa una valoración global y unitaria, pero sobre todo *sintética* de la *totalidad* de los elementos de la acción⁵². La división del tipo en una parte objetiva y en otra subjetiva, así como también la anteposición del tipo objetivo al subjetivo es sólo una exigencia del aspecto meramente analítico del método y de la didáctica⁵³. Materialmente, sin embargo, el tipo objetivo y el subjetivo se encuentran fundidos en una unidad sintética indisoluble⁵⁴. El tipo objetivo de un delito doloso no puede haberse realizado sin que el autor haya obrado con el dolo correspondiente y, a su vez, la voluntad que no está orientada a la realización de un tipo objetivo no es

⁴⁹ Véase Zaffaroni, PG, 2ª ed., p. 416.

⁵⁰ Véase Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik (n. 22), pp. 61 ss. [= en sus Obras completas, t. I, pp. 13 ss.] y Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre (n. 30), pp. 338 s. y 343 ss. [= en sus Obras completas, t. II, pp. 86 s. y 92 ss.]; *el mismo*, ZStW 116 (2004), p. 1.

⁵¹ Véase, en este sentido, con razón, Bustos Ramírez, Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas), en EPyC XII (1989), p. 121; asimismo, Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 158 ss.; Gracia Martín, RDPC nº 5 (2000), pp. 378 ss. y *Prólogo* (n. 5), pp. 21 ss.

⁵² Véase Gracia Martín, RDPC nº 5 (2000), p. 379.

⁵³ Véase, en este sentido, Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), p. 159.

⁵⁴ En este sentido, claramente, Cuello Contreras, PG, 3ª ed., 2003, pp. 498 ss., para quien “no se trata, por decirlo una vez más, de contraponer lo objetivo a lo subjetivo, sino de entender de una vez por todas que ambos forman una unidad inescindible” [p. 502]; Gracia Martín, RDPC nº 5 (2000), p. 379.

tampoco constitutiva del dolo. Esto es así porque lo que el tipo valora es justamente la totalidad de la acción y ésta es una *unidad final-causal de sentido*⁵⁵. En las sistemáticas que no parten de un concepto final de acción, por el contrario, el tipo objetivo y el subjetivo se muestran como dos niveles separados e independientes de imputación o de enjuiciamiento⁵⁶. Para la determinación del tipo objetivo se prescinde —o se dice prescindir— por completo del contenido de la voluntad, dado que ésta no es elemento del concepto de acción del que se parte. El examen de la voluntad de realización es relegado ahora no a la culpabilidad sino al tipo subjetivo, pero éste es un tipo subjetivo que no opera en ninguna relación de síntesis con el objetivo, sino independientemente. El tipo objetivo opera también independientemente del subjetivo, es decir, fuera de toda relación de síntesis con éste, y se delimita con criterios propios de valoración de la acción objetiva, esto es, sólo de la parte externa de la acción.

Con ello, sin embargo, los problemas sistemáticos continúan aún planteados —y, a mi juicio, no resueltos en absoluto—, en idéntico modo que en los sistemas prefinalistas. ¿Cómo es posible identificar el tipo objetivo que ha realizado el autor únicamente a partir de la manifestación activa o pasiva de la voluntad, si no se indaga antes en el contenido y dirección de la voluntad? El sujeto que ha controlado voluntariamente el disparo que ha ocasionado la lesión de otro ¿qué tipo objetivo ha realizado? ¿homicidio en grado de tentativa, lesiones dolosas consumadas, lesiones imprudentes, o se trata de un puro accidente desgraciado? A mi juicio, continúa en pie todavía la objeción finalista de que sin examinar el contenido de la voluntad del autor no puede determinarse ya el tipo objetivo del delito realizado por el autor⁵⁷.

Por otro lado, las contradicciones en que incurrían estas Dogmáticas no finalistas en la construcción del tipo son realmente ostensibles. Una abstracción de la voluntad de realización tiene que dejar como posible objeto de valoración del tipo objetivo únicamente al mero proceso causal. Ahora bien, como las consecuencias causales de un acto son ilimitadas y como, por otra parte, la causalidad retrocede hasta el infinito, y esto daría lugar al resultado del tan conocido y esperpéntico ejemplo de que habría que considerar realizado el tipo objetivo del asesinato con el acto de engendrar al asesino, porque fue voluntario y también causa de la muerte posterior de un hombre, de ahí que se imponga de modo patente la necesidad de reducir y limitar el tipo objetivo. La doctrina dominante pretende limitar ahora al tipo objetivo mediante diversos criterios normativos independientes a los cuales agrupa, como es sabido, en una teoría que denomina como “imputación objetiva”. De acuerdo con esta doctrina, y simplificando, la realización del tipo objetivo tiene lugar sólo si el acto del autor ha creado o incrementado un riesgo de producción del resultado típico, si el resultado acaecido aparece como realización de ese riesgo, si éste riesgo es uno prohibido, esto es, contrario al deber objetivo de cuidado, y si, finalmente, el resultado producido está comprendido en

⁵⁵ Véase *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 406 ss.

⁵⁶ Véase, al respecto, la exposición de *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 158 s. con diversas referencias doctrinales en n. 154.

⁵⁷ Véase, también en este sentido, *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 159 s.

el fin de protección de la norma o en el ámbito de protección del tipo⁵⁸. La imputación objetiva del resultado sería así un requisito implícito del tipo objetivo⁵⁹. Consecuentemente, el dolo, ubicado en un tipo subjetivo independiente del objetivo, deberá comprender el conocimiento de la imputación objetiva del resultado, es decir, el conocimiento “de las circunstancias fácticas ... que permiten afirmar su concurrencia”⁶⁰. El modo de proceder de esta Dogmática, por tanto, se puede resumir así: primero hay que comprobar que concurren las circunstancias de la imputación objetiva en un primer nivel independiente del tipo objetivo, lo que en rigor presupone una abstracción del dolo cuando se parte de un concepto no finalista de acción; y a continuación, una vez constatada la concurrencia del tipo objetivo, deberá procederse a la imputación al dolo en el segundo nivel, asimismo independiente, del tipo subjetivo. Por lo demás, igual que sucedía con el tipo único de los sistemas causalistas prefinalistas, el tipo objetivo de la doctrina no finalista actualmente dominante se presenta como único e idéntico para el delito doloso y para el imprudente.

Pero como advertía antes, este proceder de la teoría de la imputación objetiva no sólo es sistemáticamente incorrecto, sino que no puede ser llevado a efecto sin incurrir en graves contradicciones. De entre la multitud de objeciones que cabe plantear contra esta doctrina desarrollaré aquí dos que me parecen especialmente reveladoras.

La cuestión de la creación de un peligro penalmente relevante no puede resolverse de modo independiente en el tipo objetivo, pues es absolutamente dependiente de la voluntad de realización del autor, y, por lo tanto, del *dolo*⁶¹. Si una acción es peligrosa y en qué medida lo es no puede determinarse si la valoración se proyecta exclusivamente al lado objetivo o externo del acto, pues para fundar un juicio correcto de peligrosidad es preciso tener en cuenta no sólo los conocimientos del autor sobre las circunstancias del hecho⁶², sino también la dirección de la voluntad de la acción. Así lo reconocen los mismos defensores de la imputación objetiva cuando, como no podría ser de otro modo, afirman que sin duda la acción dolosa es *más peligrosa* que la imprudente, precisamene porque en la primera la voluntad se dirige a la producción del resultado. Así por ejemplo, en la doctrina española, *Luzón* reconoce que “la actuación dolosa, al menos como regla general, significa también mayor peligrosidad, y por tanto mayor desvalor objetivo de la acción”⁶³. Ahora bien, si esto es así, entonces es preciso reconocer que el dolo tiene que ser ya un fundamento de la llamada imputación objetiva y no un nivel independiente de imputación de un hecho previamente valorado

⁵⁸ Véase, por todos, *Roxin* AT I, 3ª ed., 1997, pp. 310 ss. nm. 39 ss.

⁵⁹ Véase, por ejemplo, *Luzón Peña*, PG I, p. 376.

⁶⁰ Véase, por ejemplo, *Luzón Peña*, PG I, p. 411.

⁶¹ Es significativo que *Torío*, plantee el problema de si “la imputación objetiva no es objetiva, es decir, de si es función también de datos subjetivos, o sea, del factor configurador de lo injusto que, según la doctrina dominante, es el *dolo del tipo*”; véase *Torío*, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, en *EPyC X* (1987), p. 388.

⁶² Véase en detalle sobre la problemática que plantean a la doctrina de la imputación objetiva los conocimientos especiales del autor, *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 161 ss.

⁶³ Véase *Luzón Peña*, PG I, pp. 406, 412; pero véase también, en el mismo sentido, por ejemplo, *Mir Puig*, ADPCP (1983), p. 13 (“el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta”) y *el mismo*, ADPCP (1984), p. 16 (“el intentar voluntariamente la lesión supone en general un mayor peligro *ex ante* para el bien concretamente afectado, que el actuar frente a él de forma descuidada pero queriendo evitar la lesión”).

mediante criterios normativos en un tipo objetivo independiente. Pero entonces, si la determinación de la peligrosidad objetiva de la acción depende de la presencia o no del dolo, ¿cómo puede fundamentarse la imputación objetiva del resultado exclusivamente en el tipo objetivo, si el criterio de imputación —la peligrosidad de la acción— exige ya el examen del contenido de la voluntad del sujeto y, por lo tanto, el tipo subjetivo? Y, por otro lado, si la comprobación de la imputación objetiva no puede desligarse del examen del dolo ¿cómo puede explicarse que las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva tengan que ser objeto de conocimiento del dolo si éste es precisamente ya una circunstancia constitutiva o al menos cofundamentadora de aquélla?

Por otro lado, la doctrina de la imputación objetiva en el delito doloso parte de la suposición de que en las constelaciones de casos a los que deben aplicarse los criterios de aquélla se trata de hechos en que el autor actúa *dolosamente*⁶⁴. Puesto que los hechos en cuestión no deben ser punibles porque en ellos no cabe ver ninguna relevancia penal, y puesto que esta *irrelevancia* no puede resultar del tipo subjetivo porque, según se ha afirmado en el punto de partida, el autor obra con dolo, entonces recurre a criterios normativos restrictivos —y, para tales hechos, excluyentes— del tipo objetivo⁶⁵. Ahora bien, si los hechos en cuestión son unos que, de acuerdo con criterios normativos, no tienen que estar comprendidos en el tipo objetivo, ya solo por esta razón habría que negar la presencia del *dolo* si es que aún quiere mantenerse que éste es el conocimiento y la voluntad de realización del tipo *objetivo*⁶⁶. No obstante, para que esta objeción sea bien comprendida y no sea tachada de sofisma, es conveniente recordar que para el finalismo, como ya aclaró *Welzel* de un modo que hasta hoy no ha podido ser contestado de ningún modo convincente, no son coincidentes el dolo y la finalidad. Esta última es la voluntad de realización de cualquier acción, mientras que el dolo es la finalidad o voluntad de realización de un *tipo delictivo*⁶⁷. Por ello, hay que rechazar que la doctrina dominante llame dolo a una voluntad de realización que está dirigida a la producción de un hecho que, según criterios normativos, estaría excluido ya del tipo objetivo.

Finalmente quiero dejar abierta aquí una cuestión para la reflexión en torno a la teoría de la imputación objetiva. Como ya hemos visto, no es posible prescindir del examen de la voluntad de realización para comprobar la realización del tipo objetivo. Pero si ello fuera posible, entonces habría que preguntar a la doctrina de la imputación

⁶⁴ Cfr., por todos, *Gimbernat Ordeig*, ¿Qué es la imputación objetiva?, en sus Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 215 (“como en los casos que estamos examinando existe un comportamiento *doloso* causante de un resultado típico y concurren, con ello, todos los elementos —expresamente previstos por la Ley— que la doctrina dominante atribuye a la tipicidad del delito doloso, de ahí que la única posibilidad de fundamentar la atipicidad de esas conductas sea la de demostrar que el riesgo permitido desempeña un papel, no sólo en el tipo de los delitos imprudentes, sino también en el de los dolosos”).

⁶⁵ Cfr., por ejemplo *Gimbernat*, ¿Qué es la imputación objetiva? (n. 62), p. 216 (“el tráfico aéreo, la explotación de minas de carbón o las carreras de fórmula 1, cuando se realizan observando la diligencia debida, son actividades expresamente aprobadas —porque en ellas no existe el mínimo desvalor objetivo— por el ordenamiento jurídico; y si el hecho realizado es una conducta correcta —por mucho que se realice con la peor de las intenciones—, entonces, para un Derecho penal regido por el principio del hecho, no existe tampoco una manifestación externa a la que se pueda vincular una prohibición [tipificación] penal”).

⁶⁶ Véase, por ejemplo, *Cerezo* PG II, 6ª ed., p. 123.

⁶⁷ Véase *Welzel*, Vom Bleibenden und Vergänglichem (n. 21), pp. 349 ss.

objetiva aún por si puede creer seriamente en poder cumplir su declaración programática fundamental, a saber: que su finalidad es fijar criterios que permitan distinguir aquéllo que es la “obra de un sujeto”, del acaso y de la casualidad⁶⁸. Sin embargo, como recuerda *Georg Küpper*, esta es también la finalidad de la teoría del dominio del hecho, determinar si un hecho es la obra del autor. Ahora bien, parece evidente esto no puede resolverse sin recurrir a momentos subjetivos⁶⁹. Y es que, desde la *Ética a Nicómaco* de *Aristóteles* sabemos ya que únicamente puede entenderse como obra de un sujeto determinado aquello que aparece como el resultado de una acción suya con dominio del hecho, es decir, como producto de su voluntad de realización⁷⁰. Y desde *Pufendorf* sabemos que la imputación —*imputatio*— presupone la imputabilidad —*imputativitas*—, que es en ésta donde se constata si algo aparece como la obra del sujeto, y que esto sólo puede afirmarse si el hecho es un producto de la voluntad de realización del autor⁷¹. O sea que lo que sea la obra de un sujeto es algo que depende absolutamente de la voluntad de realización. Pero si esto es así, y si la doctrina de la imputación objetiva imputa a un sujeto un hecho definido exclusivamente mediante criterios normativos que no tienen en cuenta para nada la voluntad de realización, entonces hay que plantearle a la doctrina de la imputación objetiva por qué es realmente lo que imputa al sujeto por medio del tipo objetivo y por si cree poder mantener aún seriamente que los criterios de la imputación objetiva delimitan realmente a lo que es la obra de un sujeto determinado de lo que sólo es acaso y casualidad.

Las contradicciones en que incurre la doctrina dominante no tienen lugar en modo alguno en la concepción finalista. Aquí, como ya dije antes, el tipo objetivo y el subjetivo no constituyen niveles de enjuiciamiento independientes, sino que operan en una relación sintética que expresa la valoración unitaria de lo injusto de la totalidad de la acción. El tipo subjetivo es uno *lógicamente* anterior al objetivo, pues éste es el objeto de aquél. Por ello, si no se da el tipo subjetivo, porque la voluntad del autor no era una dirigida a la realización del tipo objetivo, entonces todo lo que haya ocurrido en el mundo exterior no podrá ser valorado ya como realización del tipo objetivo doloso, pues se tratará de un mero acontecimiento que no podrá ser configurado como un *desvalor* de resultado (*Erfolgsunwert*), sino a lo sumo —y para el caso de que el acontecimiento sea uno *jurídicamente* relevante— como un simple desvalor *de situación* (*Sachverhaltsunwert*) jurídico *penalmente* irrelevante. De todo ello resulta que, para el finalismo, donde no hay dolo es imposible que lo que se realice en el mundo exterior pueda ser desvalorado como realización del tipo objetivo del delito doloso. Y, por lo mismo, es imposible que pueda constituirse el tipo subjetivo allí donde lo que se

⁶⁸ Véanse abundantes referencias doctrinales sobre ello en *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 52 s.

⁶⁹ Véase *Georg Küpper*, *Die Grenzen* (n. 6), p. 93.

⁷⁰ Véase cfr. *Aristóteles*, *Ética Nicomachea*, Lib. III, 1113 b, citado por la edición *Ética Nicomachea-Ética Eudemia*, con introducción de Emilio Lledó Íñigo y traducción y notas de Julio Pallí Bonet, 1ª ed., de 1985, Ed. Gredos, Madrid, 5ª reimpresión de 2000, p. 191; sobre ello, *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 66 s.

⁷¹ Sobre ello véase, ampliamente, *Welzel*, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs* (n. 14), pp. 84 ss.; *Handwig*, *Die Zurechnung*, Cramer, de Gruyter, Hamburg, 1957, pp. 35 ss.; *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 68 ss.

representa el sujeto como objeto de su voluntad sea algo extraño a la descripción del tipo objetivo. En definitiva, que sin desvalor de la acción no hay desvalor del resultado, y sin la referencia a un desvalor del resultado no puede haber tampoco desvalor de la acción porque no cabe hablar de ningún desvalor *en sí* de la acción.

VI

De lo expuesto hasta aquí se tendría que deducir que la vinculación del legislador a la estructura ontológica de la acción humana en la configuración de los tipos de lo injusto no va más allá de —sino que se agota en— la necesidad de que las valoraciones jurídicas de ese nivel tengan que tener por fuerza como objeto acciones finales, o sea unidades final-causales de sentido. Aquí se trata sólo de una exigencia lógico-objetiva que no condiciona de ningún modo el contenido material, esto es, axiológico, de los tipos de lo injusto. Qué acciones finalistas deben ser comprendidas en los tipos de lo injusto es una cuestión que en absoluto resulta de la esfera ontológica, sino que pertenece por completo a la esfera axiológica. En este sentido, los juicios de la tipicidad y de lo injusto tienen en el finalismo un componente claramente normativo. La diferencia con las otras Dogmáticas radica en que dicho componente normativo, que en ese nivel está representado por la *inadecuación social* de la conducta, respeta completamente la estructura ontológica de la acción. Los tipos de lo injusto comprenden necesariamente acciones finales, pero sólo en la medida en que éstas sean valoradas como socialmente inadecuadas o, lo que es lo mismo, como contrarias a las concepciones ético-sociales dominantes en una sociedad determinada y en una época histórica determinada. Según esto, quedan excluidas de los tipos de lo injusto aquellas conductas que si bien podrían estar formalmente incluidas en su tenor literal, se mantienen no obstante dentro del orden ético-social histórico “normal” de la comunidad social. Como ejemplos de conductas socialmente adecuadas citaba *Welzel* las lesiones corporales insignificantes, las privaciones de libertad irrelevantes, la entrega de aguinaldos a los funcionarios por Navidad o Año Nuevo, las conductas meramente indecorosas o impertinentes en los delitos contra la libertad sexual, el inducir a participar en el moderno tráfico motorizado, ferroviario o aéreo y el servir bebidas alcohólicas en los bares situados en las carreteras o autopistas⁷².

Por otro lado, para el finalismo ha estado completamente claro desde un principio que lo injusto material que acotan los tipos del Derecho penal se forma y constituye en virtud y como resultado de diversas ponderaciones normativas relativas a las funciones sociales que desempeñan los bienes jurídicos. En este sentido, cabe recordar que *Welzel* proporcionó las bases para una concepción funcional y dinámica de los bienes jurídicos frente a la visión estática de éstos que está en el trasfondo del concepto de lo injusto que gravita en torno al desvalor del resultado. Los bienes jurídicos, decía *Welzel*, no pueden ser comprendidos como piezas de museo custodiadas cuidadosamente en vitrinas frente a influencias lesivas y sólo expuestos a la vista de los que los contem-

⁷² Véase *Welzel*, El nuevo sistema (n. 21), pp. 53 ss. y *Das deutsche Strafrecht*, 11^a ed., pp. 55 ss.

plan, pues la realidad social del Derecho es muy distinta⁷³. En realidad, sólo hay bienes jurídicos en la medida en que cumplen una función social y producen efectos en la vida social. Los bienes jurídicos no sólo están ahí sino que su existencia radica más bien en un “estar en función”, es decir, en “producir y soportar efectos en su contexto social”⁷⁴. En este sentido, “toda vida social consiste en el uso y consumo de bienes jurídicos, del mismo modo que, finalmente, toda vida es al mismo tiempo, consumo de la vida”⁷⁵. Si el Derecho quisiera prohibir como injusto objetivo toda lesión de los bienes jurídicos, entonces “tendría que paralizarse la vida social en todo momento y tendríamos aquel mundo de museo dedicado sólo a la contemplación”⁷⁶. Por esta razón, el Derecho puede dispensar protección a los bienes jurídicos únicamente frente a determinadas clases de acciones que pueden producir en ellos daños que sobrepasen la medida de los que se presupone que han de producirse necesariamente en la realización de una vida social ordenada en funciones activas⁷⁷. Sólo mediante la aceptación de determinadas clases de daños es imaginable una protección de bienes jurídicos y frente a la mera causación de aquéllos bastará con una compensación civil⁷⁸.

Puesto que mi exposición pretende abordar únicamente problemas generales de método, puedo dejar de lado ahora cuestiones específicas y detalladas que hay planteadas sobre la adecuación social y sobre las relaciones de ésta con el deber objetivo de cuidado incluso dentro de las filas del propio finalismo⁷⁹. Al respecto me limito a decir aquí que si bien es cierto que el criterio normativo de la adecuación social se encuentra necesitado aún de desarrollo y de delimitación, así como también de una depuración de los casos que deban encontrar solución en su ámbito⁸⁰, el mismo tiene que ser aceptado como el componente axiológico de la teoría de lo injusto del finalismo⁸¹. Lo que aquí, en todo caso, me interesa destacar, es que metodológicamente, y en contra de ciertas opiniones que circulan en la doctrina actual, entre la adecuación social y la doctrina de la imputación objetiva no puede verse más que un profundo abismo⁸².

Especialmente representativa me parece la opinión de *Cancio*, magnífico penalista español estrechamente vinculado a *Jakobs*, quien hace aproximadamente una década publicó una importante investigación sobre los orígenes de la teoría de la adecuación

⁷³ Véase *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975, p. 140.

⁷⁴ Véase *Welzel*, Studien (n. 73), p. 140; *el mismo*, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 5.

⁷⁵ Véase *Welzel*, Studien (n. 73), p. 140.

⁷⁶ Véase *Welzel*, Studien (n. 73), p. 141.

⁷⁷ Véase *Welzel*, Studien (n. 73), p. 141.

⁷⁸ Véase *Welzel*, Studien (n. 73), p. 141.

⁷⁹ Cfr. sobre ello, con detalle, *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 232 ss.; *Cancio*, Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1994, pp. 39 ss. [= ADPCP (1993), pp. 721 ss.].

⁸⁰ No obstante, en su impresionante tesis doctoral sobre la imputación objetiva en el delito doloso, absolutamente crítica con dicha doctrina y decididamente opuesta a la misma, mi discípula *Mª Angeles Rueda Martín* ha desarrollado ya criterios generales de fundamentación de la adecuación social y delimitado grupos de casos cuya solución debería remitirse inequívocamente a dicho ámbito normativo; véase *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 244 ss.

⁸¹ Así, con razón, *Cancio* califica a la adecuación social como “segundo pilar” del finalismo junto al de la teoría de la acción; véase *Cancio*, Los orígenes (n. 79), pp. 21 ss. [=ADPCP (1993), pp. 704 ss.].

⁸² No tan radical como aquí, *Hirsch*, ZStW 116 (2004), p. 10.

social y la concluía con las siguientes afirmaciones: “después del análisis del planteamiento de la adecuación social, desde luego cabe constatar características paralelas a evoluciones doctrinales actuales en el ámbito del tipo objetivo que se denominan ‘imputación objetiva’. El punto de partida de la adecuación social demuestra que el finalismo, la corriente dogmática iniciada por *Welzel*, no sólo pretendía añadir la finalidad al tipo objetivo del causalismo, sino que originalmente éste debía convertirse en la ubicación del significado objetivo del comportamiento... Además” —prosigue *Cancio*— “esta amplitud también permite observar un paralelismo hacia aquellos intentos doctrinales que persiguen la ampliación de la imputación objetiva hacia una teoría del ‘lado externo del injusto’. En el ámbito de la imputación del resultado,” —sigue *Cancio*— “el finalismo continuó desarrollando —si bien de modo limitado a los delitos imprudentes— dentro del ‘deber objetivo de cuidado’ los criterios materiales planteados en la adecuación social. Sin embargo,” —termina diciendo *Cancio*— “la implicación sistemática general de la adecuación social se perdió, y en el ámbito de los delitos dolosos este vacío hubo de ser rellenado con soluciones trasladadas al concepto de dolo. La insistencia en el desarrollo de la teoría final de la acción por parte del finalismo —desde un prisma ontológico-subjetivo exclusivo— hizo caer en el olvido al otro pilar de la concepción de *Welzel*, un olvido injustificado que puede finalizar a la luz de la evolución actual de la dogmática del tipo objetivo”⁸³.

No puedo compartir, sin embargo, estas estimaciones de *Cancio*. Ya advierte *Hirsch* sobre cómo entre penalistas adscritos al normativismo, y en particular a la doctrina de la imputación objetiva, existe una cierta inclinación a ver en la adecuación social no sólo la aportación o el rendimiento más significativo de la teoría de *Welzel*, sino sobre todo a ver en ella el punto de conexión con la imputación objetiva⁸⁴. Pero esto carece de todo fundamento. En primer lugar, debe aclararse que en el sistema finalista la adecuación social no puede ser ningún criterio normativo del tipo *objetivo* o del lado *externo* de lo injusto, pues ello estaría en grave contradicción con su concepción sintética del tipo de lo injusto, expuesta más atrás, en el sentido de que la valoración jurídica de este nivel sólo puede ser correcta si se proyecta de un modo *sintético* a la *totalidad* del objeto de la valoración, esto es, a la unidad final causal de la acción, y no si se proyecta sólo de un modo analítico y sucesivamente a fragmentos del objeto de la valoración. El criterio normativo de la adecuación social tiene también como objeto de valoración “acciones”, y por ello ha de respetar la estructura lógico-objetiva de la acción finalista. En efecto, como explica *Rueda Martín*, “el criterio de exclusión de las conductas socialmente adecuadas del tipo de lo injusto debe ser uno mediante el que se enjuicia la unidad final-causal de la conducta, y en el que la pauta rectora debe ser la comprobación de la coincidencia o divergencia de la finalidad subjetiva de la acción con la finalidad general positivamente valorada por la comunidad”⁸⁵. También aquí debe ser tenido en cuenta, evidentemente, que los elementos objetivos externos de una

⁸³ Véase *Cancio*, Los orígenes (n. 79), pp. 65 s. [= ADPCP (1993), pp. 728 s.].

⁸⁴ Véase *Hirsch*, ZStW 116 (2004), p. 10.

⁸⁵ Véase *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), p. 280, y además, véase p. 282 y pp. 237 s., 253 s., 263 s.

acción socialmente adecuada, en cuanto tales, es decir, en la realidad físico-natural son axiológicamente indiferentes, ya que pueden ser idénticos a los de otra acción socialmente inadecuada. Solamente cuando se atiende a la voluntad de realización del autor se puede comprender la diferencia axiológica de una acción. El juicio de adecuación social, por tanto, solo puede formularse, del mismo modo que el de inadecuación social, a partir de una valoración unitaria y sintética de la unidad final-causal de la acción de que se trate, y no puede quedar reducido en modo alguno a un criterio de valoración del tipo objetivo.

Aun cuando sea cierto que el juicio de adecuación social está aún necesitado de ulteriores desarrollos que deben llevar a una depuración de los casos que han de ser resueltos en su ámbito, no obstante quiero adelantar aquí mi visión de lo que considero, al menos, como un criterio rector de aquella. El juicio de adecuación social se basa en ponderaciones de intereses relativas a la funcionalidad de los bienes jurídicos en determinados ámbitos de la vida social, las cuales dan como resultado que en esos ámbitos un bien jurídico aparezca, por así decirlo, subordinado a la realización de una determinada actividad socialmente valorada en virtud de su finalidad, porque la realización de la misma involucra necesariamente a ese bien por mucho que su uso suponga, para decirlo con palabras de *Welzel*, un consumo de él en mayor o menor grado y, con ello, su desgaste o menoscabo⁸⁶. En consecuencia, tienen que ser valoradas como socialmente adecuadas aquellas acciones que estén dirigidas al fin de la actividad socialmente valiosa aún a pesar de que la voluntad de realización comprenda como de segura producción o cuente con la posible producción del menoscabo del bien jurídico implicado y subordinado al ejercicio de aquella actividad⁸⁷. Piénsese, por ejemplo, en la necesaria afección corporal producida de un modo consciente y voluntario por la incisión del cirujano que opera a un paciente, en ciertos e inevitables efectos secundarios que produce la administración de determinados medicamentos y de cuya producción es asimismo consciente el médico que prescribe el tratamiento, o finalmente en las agresiones corporales conscientes y voluntarias entre quienes participan en el ejercicio de determinados deportes cuya práctica, como es el caso del boxeo, supone y exige a los participantes que involucren su cuerpo, etc. Según esto, el juicio de adecuación social debe agotar su función en la valoración como conformes con el orden ético-social normal de la sociedad sólo de acciones que tienen lugar en un ámbito de actividad social positivamente valorada y en relación únicamente con las consecuencias típicas —en el sentido de normales— de dichas acciones⁸⁸. Por lo demás, únicamente pueden ser valoradas como socialmente adecuadas las acciones si la voluntad de realización del agente está dirigida a la consecución del fin típico de la actividad socialmente valorada⁸⁹. En las acciones socialmente adecuadas la voluntad de realización queda reducida a mera finalidad y en modo alguno puede ser conceptuada como dolo. Si la voluntad de realización del agente está dirigida a la consecución de algún fin

⁸⁶ Véase *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 249 ss.

⁸⁷ Véase *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 282 ss.

⁸⁸ Véase *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 250 s.

⁸⁹ Véase *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), p. 280.

no típico de la actividad socialmente valorada, entonces la acción que verdaderamente realizará será ya una distinta de la socialmente adecuada y, por ello, axiológicamente diferente. Y así, por ejemplo, si el boxeador que ha sufrido un ataque de ira golpea a su contrincante con voluntad de causarle lesiones que exceden de las que son típicas y normales en la práctica reglamentada del boxeo, o incluso la muerte, entonces su acción ya no puede ser entendida como una —socialmente adecuada— de practicar boxeo, sino más bien como una —socialmente inadecuada— de “lesionar” o, en su caso, de “matar”⁹⁰.

Por otro lado, según la concepción aquí solo esbozada, debería distinguirse claramente entre los planos de la adecuación social y del deber objetivo de cuidado⁹¹. Si es cierto que, como afirma *Cancio*, el finalismo proyectó e hizo operar alguna vez a la adecuación social “dentro” del deber objetivo de cuidado en relación con el delito imprudente, en ello no habría que ver nada más que un episodio transitorio cuya razón sólo puede verse en el subdesarrollo científico de que adolece esta componente axiológica del finalismo, el cual, a su vez, también explica, sin duda, la incertidumbre y la inseguridad que ha habido hasta ahora en el seno del propio finalismo tanto sobre los contenidos y criterios de la adecuación social como sobre su ubicación sistemática. Por el contrario, de acuerdo con mi concepción, lo que considero correcto es que la adecuación social termina allí donde comienza el ámbito del deber objetivo de cuidado. Como acabo de exponer, el juicio de adecuación social valora como conformes con la normalidad del orden ético-social histórico de la comunidad a determinadas acciones sólo en referencia a sus consecuencias típicas o normales dentro de la actividad socialmente valorada en cuyo ámbito se realizan y en razón de la finalidad positivamente valorada de esa actividad. Aquí termina la adecuación social. Mas como la realización de una acción socialmente adecuada también puede producir consecuencias objetivamente previsibles que ya no pueden considerarse típicas o normales en la actividad socialmente valorada en cuyo ámbito se realizan, la voluntad de realización de las acciones socialmente adecuadas está asimismo sometida a deberes de cuidado objetivo cuyo fin es la evitación de la producción de esas consecuencias no típicas o normales de la acción socialmente adecuada⁹². Por lo demás, una inobservancia del cuidado objetivamente debido por la acción socialmente adecuada la convierte ya en socialmente inadecuada, no por su finalidad —que sí es socialmente adecuada— sino por el ejercicio defectuoso y, por ello, ya socialmente inadecuado, de la voluntad de realización socialmente adecuada y porque las consecuencias previsibles de aquélla inobservancia exceden de las que son típicas y normales de la acción socialmente adecuada.

VII

Con esto doy por terminada mi exposición, pero aún quiero hacer una reflexión final. En las últimas dos décadas, ha disminuido considerablemente el interés por la

⁹⁰ Cfr., en sentido similar, *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), p. 265.

⁹¹ Véase al respecto *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 284 ss.

⁹² Véase, en este sentido, *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva (n. 29), pp. 286 ss.

investigación sobre los fundamentos del sistema jurídico penal⁹³, y hoy dominan nuestra disciplina el caos y la inseguridad creados por un normativismo que, como ha dicho con razón *Hirsch*, es idealmente más cómodo que la investigación verdaderamente científica, y también más difícil de verificar científicamente⁹⁴. Pero como esta exposición ha tenido que poner de relieve, lo que sí parece verificable es la falta de científicidad del método puramente normativista, pues todo lo que de ese modo se puede construir remite a objetos completamente inventados porque carecen de existencia en la realidad fenoménica del mundo al que se dirige el Derecho penal.

Por todo ello, y reproduciendo aquí un fragmento del epílogo con que cierro mi polémico ensayo sobre política penal, publicado en 2003, e intitulado como *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, concluyo expresando que “en el momento evolutivo actual en que se encuentra la Humanidad, y de acuerdo con los conocimientos disponibles por la misma gracias al saber acumulado durante algo más de dos mil quinientos años de ejercitar y de desarrollar los hombres sus facultades de raciocinio para aprehender los contenidos materiales de su misma existencia, solamente el programa y los métodos filosóficos, ético-políticos, y ético-jurídicos esbozados ya en sus aspectos y contenidos fundamentales en la insuperable obra de *Welzel*, a quien no dudo en calificar como el más grande entre todos los penalistas de todos los tiempos, merecen ser reconocidos como los instrumentos, de entre los conocidos hasta la fecha, más adecuados para la construcción y para el funcionamiento práctico de un Derecho penal racional conforme a las exigencias del ser individual y social del hombre”⁹⁵.

⁹³ Véase, en sentido similar, *Hirsch*, ZStW 116 (2004), pp. 1 s.

⁹⁴ Véase *Hirsch*, en sus Obras completas, t. I [n. 22], p. 19.

⁹⁵ Véase *Gracia Martín*, *Prolegómenos* (n. 1), pp. 218 s.